

UiO • Det juridiske fakultet

Fremføringsretten

- Grensen mellom offentlig og privat bruk, sett i lys av EU-domstolens praksis

Kandidatnummer: 528

Leveringsfrist: 25.april 2014

Antall ord: 12045



INNHALDSFORTEGNELSE

1	INNLEDNING	3
1.1	PLASSERING AV EMNET I RETTSSYSTEMET	5
1.2	AVGRENSING AV PROBLEMSTILLINGEN	5
1.2.1	<i>De nærstående rettigheter</i>	6
1.3	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET	6
1.3.1	<i>Åndsverkloven § 2</i>	7
1.3.1.1	Tilgjengeliggjøring	7
1.3.2	<i>EUs direktiver og traktater</i>	9
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	9
2	RETTSKILDENE	10
2.1	EU-RETTENS INNFLYTELSE PÅ NORSK RETT	10
2.1.1	<i>Presumpsjonsprinsippet</i>	10
2.2	DE NORSKE RETTSKILDENE	13
2.3	EU-DOMSTOLENS RETTSKILDER	14
3	FREMSTILLINGENS HOVEDDEL	14
3.1	FREMFØRINGSBEGREPET	15
3.1.1	<i>En presisering</i>	17
3.2	OFFENTLIG ELLER PRIVAT FREMFØRING	19
3.3	GRENSEGANGEN	20
3.3.1	<i>Konkret skjønnsmessig vurdering</i>	20
3.3.2	<i>Momenter i helhetsvurderingen</i>	21
3.3.2.1	Bånd mellom fremfører og publikum	21
3.3.2.2	Hvem som har tilgang til fremføringen	22
3.3.2.3	Publikummets antall	23
3.3.2.3.1	Problemet med suksessivt publikum	25
3.3.2.4	Konkurransehensynet	27
3.3.2.5	Hensikten med fremføringen	29
3.3.2.6	Partenes rolle i fremføringsforholdet	30
3.3.2.7	Fremføringsstedet	32
3.3.2.7.1	Rafael Hoteles	32
3.3.3	<i>New public?</i>	33
3.3.3.1	Lenking	34
3.3.3.1.1	Kort om 'streaming'	37

3.3.3.2	Inngripen fra fremfører.....	38
3.3.4	<i>Leiebildommen</i>	39
4	ENERETTENS FORHOLD TIL VEDERLAGSRETTE	40
4.1	SPØRSMÅLET	40
4.2	DET NORSKE STANDPUNKTET	42
4.3	OSA-DOMMENS PREMISSE	42
5	LITTERATURLISTE	45
5.1	NORSKE KILDER	45
5.1.1	<i>Lover</i>	45
5.1.2	<i>Forarbeider</i>	45
5.1.3	<i>Rettspraksis</i>	46
5.2	EUROPEISKE KILDER	46
5.2.1	<i>Traktater</i>	46
5.2.2	<i>Direktiver</i>	46
5.2.3	<i>Rettspraksis</i>	46
5.3	BØKER, ARTIKLER M.M.	47
5.4	NETTSIDER	47

1 Innledning

Når en artist har skrevet en sang, en produsent har laget et filmverk eller i andre tilfeller der noen har skapt noe som et produkt av sin egne åndelige innsats, så følger det visse goder til en slik skapelse. Ingen kan utnytte sangen til artisten, eller fremvise filmen til produsenten i større utstrekning enn artisten eller produsenten tillater dette.

Denne beskyttelsen som en skaper nyter for sitt verk kommer til uttrykk i norsk rett gjennom lov om opphavsrett til åndsverk m.v.¹. Etter denne loven får opphavsmannen flere rettigheter knyttet til skapelsen av sitt åndsverk. Selv om åndsverkloven benytter begrepet i mange av sine bestemmelser så finnes det ingen eksplisitt forklaring på hva en opphavsmann er. Tar man i betraktning lovens system ser man at opphavsmannen er en person som har skapt et åndsverk og på denne måten fått opphavsrett til vedkommende verk.²

Man har allikevel ikke kommet lenger i å forstå hva det innebærer å være en opphavsmann før man eventuelt har besvart spørsmålet om hva et åndsverk er. Legaldefinisjonen i åndsverkloven § 1 er at et åndsverk forstås som litterære, vitenskapelige eller kunstneriske verk av enhver art og uansett uttrykksmåte og uttrykksform. Det blir videre listet opp en ikke utømmelig liste over eksempler på åndsverk. Gjennom teori og rettspraksis er det allikevel klart at det må stilles et minstekrav til en skapelse for at det skal kunne bli kalt et åndsverk. Dette såkalte verkshøydekravet kan det skrives mye om, uten at det vil gi noe av verdi for denne oppgavens tema. Det holder derfor her å vite, at det kreves noe ekstra av en skapelse før denne kan kalles et åndsverk, og på denne måten vil nyte opphavsrettslig beskyttelse etter åndsverkloven.

¹ Heretter åndsverkloven

² Jf. blant annet åndsverkloven § 1 første ledd

Opphavsmannens beskyttelse over sine åndsverk er allikevel ikke total. Loven gir flere unntak fra denne beskyttelsen. I denne oppgaven er det den private, og derfor lovlige, fremføringen av et ellers beskyttet verk som er sentralt.

Dette fordrer spørsmålet om når en fremføring av annen manns verk er privat, og når den ikke er det. Det som kjennetegner en privat utnyttelse av et beskyttet verk er der hvor verket blir brukt uten at dette medfører noen konkurranse til opphavsmannens utnyttelse av verket. I slike tilfeller så er det ingen hensyn som tilsier at opphavsmannens interesser skal settes først. Motsetningen til de private situasjonene er der verket blir utnyttet offentlig, eller for allmennheten og denne utnyttelsen står i direkte konkurranse med opphavsmannens interesser.

De mest opplagte private fremføringene, eksempelvis hvor det blir sunget en sang på familieselskaper, og de mest opplagte offentlige fremføringene, hvor det blir holdt en konsert og flere sanger blir sunget for et stort publikum byr sjeldent på problemer, og er således ikke fullt så interessante i en analytisk fremstilling av grensegangen. Det er i tvilstilfellene, hvor det er uklart om man står overfor en privat eller offentlig fremføring at det virkelig kan drøftes og hentes momenter av verdi for senere anvendelse.

Det er med andre ord grensen mellom offentlig og privat, når det kommer til fremføringsretten på det opphavsrettslige område, som skal klarlegges i oppgaven. Dette kan vanskelig gjøres uten å også ta hensyn til hvordan EUs rettsapparater har fastslått den samme grensegangen. Man kan derfor ikke bare ta i bruk norske rettskilder, men også EUs kilder og praksis må anvendes.

1.1 Plassering av emnet i rettssystemet

Opphavsretten er sammen med patentretten, kjennetegnsretten, designretten og til en viss grad markedsføringsretten den gruppen som samlet blir betegnet som immaterialretten. Felles for disse rettsområdene er at de skal beskytte de frembringelser og produkter som enhver person måtte komme til å skape ved sin egne åndelige innsats.

Der de andre rettsområdene står for beskyttelsen av henholdsvis oppfinnelser, varemerker, designer og lignende, så gir opphavsrettens regler beskyttelse for litterære og kunstneriske verk.

Denne beskyttelsen gir seg utslag i vederlagskrav i noen tilfeller, og bruksnekt i andre. Dette fordi den som skaper et litterært eller kunstnerisk verk etter norsk lov skal ha tilnærmet enerett til å utnytte verket de har skapt.

1.2 Avgrensning av problemstillingen

Opphavsmannens enerett til sitt verk kan man dele opp i flere kategorier. For det første så har opphavsmannen eksklusiv rett til å fremstille, både varige og midlertidige, eksemplarer av sitt åndsverk. Dette følger direkte av åndsverkloven § 2 første ledd. Denne såkalte eksemplarframstillingsretten og hva som nærmere ligger i denne, vil ikke være relevant for oppgavens problemstilling, og det avgrenses derfor mot denne.

Det følger videre av § 2 at opphavsmannen har enerett til tilgjengeliggjøring av åndsverket sitt. Det vil bli gjort rede for tilgjengeliggjøringsbegrepet utførlig senere i oppgaven, men her kan kommenteres at både spredningsretten, visningsretten og fremføringsretten er omfattet av tilgjengeliggjøringsbegrepet. Heller ikke spredningsretten eller visningsretten er sentrale for denne oppgaven, og disse to begrepene vil altså også falle utenfor fremstillingens ramme.

1.2.1 De nærstående rettigheter

Det blir også under avgrensningskapittelet nødvendig å knytte noen kommentarer opp mot de såkalte "nærstående rettigheter" i åndsverkloven kapittel 5. Disse rettighetene ble tatt inn i loven under lovendringen i 1961, og det ble uttalt i forarbeidene³ at disse falt "strengt tatt utenfor en lov om opphavsretten til litterære og kunstneriske verk", men hadde "dog så nær tilknytning til dem at de naturlig kan innpasses i loven, selv om man ikke vil kalle rettighetene for "beslektede"". Inn under disse nærstående rettighetene faller blant annet den utøvende kunstners fremføring av verk, eller filmer, databaser m.m.

Selv om det etter forarbeidene kan virke som om disse rettighetene i seg selv ikke er så interessante når det kommer til oppgavens tema så er det allikevel rom for å problematisere spesielt en av bestemmelsene i kapittelet. Etter § 45b har utøvende kunstnere vederlagsrett til sine prestasjoner dersom disse gjøres tilgjengelig for allmennheten gjennom offentlig fremføring. Det kan da stilles spørsmål ved om den offentlige fremføringen som er nedfelt her, er en annen enn den offentlige fremføringen som følger av åndsverkloven § 2. Problemstillingen blir vurdert i oppgavens del fire. Det avgrenses derimot mot de "nærstående rettigheter" ellers.

1.3 Det rettslige utgangspunktet for grensegangen

I norsk rett er det åndsverklovens § 2 som gir begrepene "offentlig" og "allmennheten". Det er i disse begrepene at utgangspunktet for vurderingen mellom offentlig og privat finnes og denne bestemmelsen må derfor presenteres innledningsvis.

For EU-domstolen er det særlig Infosoc-direktivets⁴ artikkel 3 som angir dennes utgangspunkt. Her er det begrepene "communication to the public" og "making available to the public" som er sentrale.

³ Innst. 1950 s. 23

⁴ Directive 2001/29 - On harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

1.3.1 Åndsverkloven § 2

Den sentrale bestemmelsen i det norske lovverket for fremføringsretten til en opphavsmann er åndsverkloven § 2. Det følger av paragrafen at opphavsretten gir innen de grenser som er angitt i loven, enerett til å råde over åndsverket ved å fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av det og ved å gjøre det tilgjengelig for "almenheten", i opprinnelig eller endret skikkelse, i oversettelse eller bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk. Av bestemmelsens tredje ledd følger det at verket gjøres tilgjengelig for allmennheten når verket fremføres "offentlig."

Disse to begrepene, altså allmennheten og offentlig, er således utgangspunktet for vurderingen av om en fremføring er en krenkelse for opphavsmannens enerett eller ikke. Fremføringsretten er ikke et selvstendig begrep i denne bestemmelsen. Å fremføre verket offentlig er kun en av flere måter å tilgjengeliggjøre et verk på, og eneretten til en opphavsmann knytter seg slikt sett opp til tilgjengeliggjøring av verket. Det kan derfor være nødvendig med en kort redegjørelse av tilgjengeliggjøringsbegrepet før fokuset rettes mot begrepene allmennheten og offentlig fremføring.

1.3.1.1 Tilgjengeliggjøring

Man kunne skrevet mye om tilgjengeliggjøringsbegrepet og de potensielle rettslige problemene som dette begrepet alene kan lede til, men oppgavens fokus er på fremføringsretten, og det vil derfor kun gjøre rede for begrepet tilgjengeliggjøring i den utstrekning det er nødvendig for å forstå fremføringsproblematikken.

Det første spørsmålet blir da hva som ligger i å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten. I forarbeidene til loven slutter Lovkomiteen seg til Knoph sin uttalelse om at tilgjengeliggjøring omfatter "en hvilken som helst måte hvormed allmennheten får adgang til å bli kjent med verket, helt eller delvis, således f.eks. ved utgivelse, offentlig opplesning,

fremføring, utstilling, kringkasting, televisjon og videre gjengivelse gjennom høyttaler"⁵. Det kan med andre ord virke som om tilgjengeliggjøringsbegrepet skal favne vidt.

Av åndsverkloven § 2 tredje ledd følger det videre tre alternativer som alle skal anses som tilgjengeliggjøring av verket. Spredningsretten i litra a) er retten opphavsmannen har til å kopiere verket sitt og spre det videre, mens visningsretten i litra b) er retten han har til å stille ut verket, eller å vise det frem. Fremføringsretten i litra c) er det alternativet som er interessant i denne fremstillingen, og vil bli presentert utførlig under oppgavens hoveddel.

Slik loven er skrevet kunne det virket som om disse alternativene var de eneste måtene å tilgjengeliggjøre et verk på, og forarbeidene⁶ til loven er i beste fall tvetydige da de omtaler alternativene som både "eksempler" og "de tre grupper av måter som åndsverk kan gjøres tilgjengelig på". Høringsutkastet til lovendringen i 2005⁷ inneholder derimot følgende presisering av åndsverkloven § 2 tredje ledd; "Beføyelsene under overbegrepet tilgjengeliggjøring oppregnes som a) til c) for å skape bedre oversikt. Oppregningen er ikke uttømmende."

Dette støttes videre opp av Høyesteretts uttalelser i Napster.no-dommen⁸ hvor førstvoterende uttaler at alternativene ikke er "ment som noen legaldefinisjon av 'tilgjengeliggjøring for allmennheten'".

I utgangspunktet skal dette begrepet altså fange opp alle tenkelige måter som et verk kan gjøres tilgjengelig for allmennheten, både nå og i fremtiden hvor samfunnets teknologiske utvikling kan ha muliggjort enda flere måter å tilgjengeliggjøre et verk på. På den måten er bestemmelsen et lysende eksempel på åndsverklovens dynamiske karakter.

⁵ Jf. Innst. 1950 s. 11 og Knoph 1936 s. 92-93

⁶ Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16

⁷ Høringsutkast 2003 s. 75

⁸ Rt. 2005 s. 41

1.3.2 EUs direktiver og traktater

Når spørsmålet om grensegangen blir forelagt EU-domstolen, må denne forholde seg til ikke bare nasjonal rett, men også egne direktiver og traktater.

For problemstillingen rundt tilgjengeliggjøring av beskyttede verk er det i all hovedsak Infosoc-direktivets⁹ bestemmelser som er interessante. I artikkel 3 presenteres begrepene "communication to the public" og "making available to the public". Infosoc-direktivet skulle på en tydelig måte gjennomføre det utgangspunktet som ble gitt i WCT¹⁰, men også i denne traktaten blir begrepene "communication to the public" og "making available to the public" brukt som en plattform for drøftelsen.

Det er noen forskjeller mellom begrepene i EUs direktiver og traktater og begrepene anvendt i norsk rett. En av disse forskjellene er at "communication to the public" ikke fanger opp såkalte live-fremføringer, hvor artisten synger for et tilstedeværende publikum. Dette skaper få, eller ingen problemer da "making available to the public" uansett vil utfylle dette andre begrepet, og på den måten fange opp disse fremføringene også. Slikt sett vil EU-rettens to begreper og måten EU-domstolen forstår disse på kunne holdes opp mot norske domstolars forståelse av "offentlig" og "allmennheten" uten vanskeligheter.

1.4 Den videre fremstilling

Først skal det knyttes noen kommentarer til de rettskildene som skal anvendes i oppgaven og forholdet mellom de norske rettskildene og EUs rettskilder. Dette gjør det lettere å vise til kildene senere i oppgaven, samt at eventuelle vanskeligheter med rettskildene i seg selv blir ryddig belyst.

⁹ Directive 2001/29 - On harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society

¹⁰ WIPO Copyright Treaty art. 8

Hoveddelen innledes med en presentasjon av fremføringsbegrepet i den utstrekning det er nødvendig for å utførlig kunne skrive om grensegangen.

Til slutt problematiseres det om eneretten til opphavsmannen inneholder noe annet enn vederlagsretten hans.

2 Rettskildene

Det er ikke bare norsk rett og dennes rettskilder som må anvendes i en slik oppgave, men også EU-rettens kilder. På denne måten har man to rettssystemers rettskilder å forholde seg til, og rettskildebildet blir omfattende.

Det må her også påpekes at annen rettspraksis enn norsk og EU-domstolens ikke vil bli nevnt i stor grad. Det er klart at andre lands dommer kan sies å ha argumentasjonsmessig vekt ved drøftingen av problemstillingen, men i denne oppgaven er problemstillingen hvordan EU-domstolens praksis påvirker norsk rettsanvendelse på området, og andre rettsinstitusjoner enn EU og Norge vil derfor ikke anvendes i større grad enn det er nødvendig for å forstå et poeng innad i forholdet mellom norsk rett og EU-retten.

Hvis norsk rett var helt selvstendig fra EU-retten ville det vært en fruktesløs øvelse å holde disse to rettssystemene opp mot hverandre. Før rettskildebildet presenteres er det derfor nødvendig med et avsnitt som tar for seg om, og i så fall i hvilken grad EU-retten påvirker norsk rett.

2.1 EU-rettens innflytelse på norsk rett

2.1.1 Presumpsjonsprinsippet

Norge er ikke medlem av EU. Starter man med det som utgangspunkt er det ikke rart at EUs direktiver og EU-domstolens praksis ikke uten videre blir lagt til grunn som gjeldende rett i Norge. At man atskiller EU-retten og norsk rett på denne måten betegnes gjerne som

at vi har et dualistisk rettssystem. Motstykket er det monoteistiske rettssystemet hvor EUs direktiver blir gjeldende som nasjonal rett fra det tidspunktet de blir skapt.

Norges tilknytning til EU kommer først og fremst frem gjennom EØS-loven.¹¹ Det følger av EØS-lovens § 1 at EØS-avtalens¹² hoveddel skal gjelde som norsk lov. I EØS-avtalens kapittel 3 i avtalens del VII, blir det gitt regler som skal sørge for en ensartethet blant medlemslandene i hvordan fortolkningen av EØS-avtalen skal foregå. I den forbindelse har det blitt opprettet domstoler¹³ som kan anvendes som tvisteorgan på tvers av landegrensene innen EØS, og som rådgivende organ for medlemslandene angående spørsmål rundt EØS-avtalen.

Da EFTA-domstolen tilpasser sine avgjørelser ut i fra hvordan EU-domstolen dømmer, vil EU-domstolens praksis indirekte få virkning for norsk rett på denne måten.

Videre opererer Norge med det såkalte presumpsjonsprinsippet. Presumpsjonsprinsippet kommer til uttrykk først og fremst i Finangerdommen,¹⁴.

I denne saken var passasjeren til en beruset sjåfør blitt skadet i en bilulykke. Etter bilansvarsloven vil passasjeren normalt i slike tilfeller ikke bli tilkjent erstatning. Da dette ikke er tilfellet i EU-retten ble et av sakens sentrale spørsmål hvorvidt motstriden mellom norsk rett og EU-retten måtte gjøre at passasjeren hadde krav på erstatning. Høyesterett kom frem til at selv om det var motstrid mellom EUs direktiver og Bilansvarsloven, så måtte bilansvarsloven gå foran i dette tilfelle. Det ble uttalt at man i norsk rett opererer med

¹¹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

¹² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

¹³ European Free Trade Association court (EFTA-domstolen) og Court of Justice of the European Union (EU-domstolen)

¹⁴ Rt. 2000 s. 1811

en presumpsjon om at norsk rett samsvarer med EU-retten og at man derfor bør tolke norsk lov på en slik måte at det ikke oppstår motstrid mellom disse. Der det er direkte motstrid derimot, er det opp til Stortinget å forandre den norske loven, ikke domstolene. Dette var også tilfelle i den aktuelle dommen.

Dette presumpsjonsprinsippet blir så fastslått i blant annet forarbeidene til ratifikasjonen av EØS-avtalen, og i lovforarbeidene til EØS-loven. Det står i førstnevnte at norske domstoler "må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat".¹⁵ Videre står det i forarbeidene til EØS-loven at "[p]resumpsjonsprinsippet" om at norsk rett forutsettes å være i overensstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser, vil imidlertid som nevnt føre til at norske domstoler må forventes å utnytte alle de muligheter som anerkjente prinsipper for tolkning og anvendelse av rettsregler gir, for å unngå et folkerettsstridig resultat.

Bestemmelser i lover og forskrifter lar seg ofte forstå på flere alternative måter. Presumpsjonsprinsippet vil føre til at man søker å unngå tolkningsalternativer som fører til et folkerettsstridig resultat. Her kan man til dels ha hjelp av anerkjente tolkningsprinsipper som "lex specialis" (den mer spesielle bestemmelse går foran den mer generelle) og "lex posterior", (den nyere bestemmelse går foran den eldre) men dette er ikke de eneste måtene man kan unngå folkerettsstridige resultater på. Noe forenklet kan man vel si at bare dersom Stortinget helt klart har gitt uttrykk for at en lov skal anvendes på en viss måte uten hensyn til om dette er i strid med internasjonale forpliktelser, eller dersom vedkommende lovbestemmelse ellers ville være helt uten innhold, vil norske domstoler føle seg tvunget til å anvende loven i strid med folkeretten."¹⁶

¹⁵ St.prp.nr. 100 (1991-1992) side. 319

¹⁶ Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) side 3

Presumpsjonsprinsippet tilsier altså at man bør søke å unngå motstrid mellom nasjonal rett og EU-retten gjennom å fortolke norske rettskilder slik at disse er i samsvar.

Ved direkte motstrid bør nok allikevel norsk rett settes foran, inntil Stortinget eventuelt kan endre på de aktuelle lover, eller bestemmelser, jf. Utenriks- og konstitusjonskomiteens uttalelse: "Dersom Stortinget i et enkelttilfelle uttrykkelig gir til kjenne at en ny lov skal gjennomføres selv om den skulle være i motstrid til eksisterende lover eller forskrifter som gjennomfører EØS-forpliktelser, vil norske domstoler måtte respektere dette, selv om det medfører brudd på våre folkerettslige forpliktelser."¹⁷ Dette var også tilfelle i Finangerdommen.

Det vil også ha stor innvirkning på norsk rett at EU siden 1991 har gitt, nå åtte direktiver på opphavsrettsområdet, og alle disse er innlemmet i EØS-avtalen, samt inkorporert i norsk lov.¹⁸ Direktivene har ledet til en rekke endringer i åndsverkloven og sett sammen med presumpsjonsprinsippet må det antas at norsk opphavsrett på langt vei er i samsvar med EUs opphavsrettslige regler.

Med dette som utgangspunkt kan rettskildebildet nå presenteres. De følgende rettskildene er det rammeverket som fremstillingen gjennomgående forholder seg til. Det er selvsagt ikke bare lov, traktat- eller direktivtekst som er aktuelt, men også rettspraksis fra både norske domstoler og EU-domstolen.

2.2 De norske rettskildene

Når norske domstoler blir forelagt spørsmålet om et konkret tilfelle er en offentlig eller privat fremføring er utgangspunktet for vurderingen etter åndsverkloven § 2. Det er her opphavsmannens enerett til fremføring fremkommer, men den nærmere grensen blir ikke nevnt. Man må med andre ord benytte flere rettskilder for å komme frem til et svar. Ikke

¹⁷ Innst. O. nr. 14 (1992-1993) side 4

¹⁸ Rognstad (2009) s. 53 - 55

bare er forarbeidene til åndsverkloven¹⁹ sentrale i forståelsen av begrepet, men også praksisen til domstolene har hatt mye å si for hvordan grensegangen skal forstås.

De sentrale dommene blir presentert etter hvert i oppgaven som de blir aktuelle.

2.3 EU-domstolens rettskilder

EU-domstolens utgangspunkt er EUs traktater på området²⁰, og tilsvarende, deres direktiver²¹.

Heller ikke i disse traktatene og direktivene er grensegangen klart gjengitt, og således er også EU-domstolen avhengig av rettspraksis for en avklaring på dette området. Som med den norske rettspraksisen vil også EU-domstolens praksis fortløpende bli presentert i oppgaven.

3 Fremstillingens hoveddel

I denne delen av fremstillingen er det begrepet offentlig fremføring som skal i fokus. For at noe skal falle inn under dette begrepet, må det ikke bare være offentlig, det må også være en fremføring. Det kan derfor være nødvendig å først si noe mer om hva en fremføring er, før offentlighetsbegrepet blir analysert.

¹⁹ Komitéinnstilling til Åndsverkloven av 1925, Innst. 1950 § 2, Ot.prp.nr.26 (1959-60), Innst. O. XI (1960-61), Ot.prp.nr.4 (1994-95) og Ot.prp.nr.46 (2004-05)

²⁰'WIPO Copyright Treaty (WCT),' 'Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), 'WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT)' og 'Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works'.

²¹'Directive 2001/29 - On harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society'

3.1 Fremføringsbegrepet

At begrepet dekker de tilfellene hvor verket blir fremført live for et publikum, såkalt direkte fremføring, er åpenbart. Live-fremføringer er derimot ikke den eneste måten et verk kan fremføres på etter åndsverkloven. Eksempelvis kan nevnes de tilfellene der en artist har sunget en sang og dette blir tatt opp, og opptaket senere blir vist frem til et annet publikum. En slik fremvisning av videoopptaket ville også vært å anse som en fremføring etter åndsverkloven.

I ytterkanten av hva som kan anses som en fremføring finner vi de tilfellene hvor en person overfører verket til allmennheten. Dette vil omfatte de tilfellene der personen aktivt overfører verket til offentligheten, men også de tilfellene hvor han kun tilrådighetsstiller verket, slik at det er opp til offentligheten når de vil ha tilgang. Et eksempel på slik overføring kan være der en person legger ut et beskyttet verk på internett. Dette kan være en aktiv overføring, ved at verket spilles av med en gang man kommer inn på nettsiden, eller en tilrådighetsstillelse ved at publikum selv må klikke på en lenke for at avspillingen skal begynne, eller må laste ned verket.

Selv om det overnevnte eksempelet er høyst aktuelt i det moderne samfunnet, hvor internett for alvor har gjort sitt inntog, så kan også overføring skje utenfor internett. Eksempler på dette kan være der en taxisjåfør spiller av radio for passasjerene sine, eller når butikkeieren plasserer en jukeboks i butikken sin, slik at kundene selv kan spille av beskyttede musikkverk på den, slik som man skal få se senere i fremstillingen.

Fremføringsbegrepet i åndsverkloven er med andre ord meget omfattende, noe som kommer frem allerede av forarbeidene til Åndsverkloven av 1961 hvor det står at fremføringsbegrepet ikke bare omfatter den direkte fremføringen, men også de tilfeller hvor "nye tekniske hjelpemidler som kringkasting, høytaleranlegg, opptaksutstyr, herunder grammofonplater, lydbånd og film"²² blir anvendt. Denne dynamikken tok de hensyn til

²² Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 16

ved lovendringen i 2005, noe som ledet til § 2 fjerde ledd, hvor kringkasting og annen overføring, tråd eller trådløst til allmennheten også blir fanget opp.

Fremføringsretten innebærer etter dette meget mer enn bare den direkte fremføringen, og man kan på mange måter si at den omfatter all tilgjengeliggjøring som ikke innebærer fysiske eksemplarer. Der et beskyttet verk blir gjort tilgjengelig gjennom fysiske eksemplarer vil det antageligvis heller være snakk om sprednings- eller visningsretten som faller utenfor oppgavens rammer.

Eksempler på fremføringsbegrepets fleksibilitet kan man finne i forskjellig rettspraksis. Det ble ansett som en offentlig fremføring da butikkeieren i Jukeboksdommen²³ satte frem en jukeboks i sin butikk som kundene kunne anvende som de ville. Det samme ble resultatet i EU-dommen Rafael Hoteles²⁴, hvor en hotelleier hadde plassert ut tv-apparater på alle hotellrommene.

Heller ikke konsumeres fremføringsretten, slik som er tilfellet med sprednings- og visningsretten. Det vil si at opphavsmannens enerett til verket ikke forsvinner med en gang han har fremført verket sitt den første gangen. Det følger direkte av Infosoc-direktivet²⁵ art. 3 nr. 3 at fremføringsretten "shall not be exhausted by any act of communication to the public or making available to the public".

Dette betyr at selv der opphavsmannen selv har gjort verket tilgjengelig for allmennheten ved å fremføre det, så vil ikke andre kunne fremføre verket etter han uten samtykke, så fremt den etterfølgende fremføringen ikke er privat.

²³ Rt. 1964 s. 782

²⁴ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA

²⁵ Directive 2001/29 - On harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society,

Eneretten til opphavsmannen må allikevel ikke bli gitt for store rammer. I Piratkortdommen²⁶ var spørsmålet om en slyngel, ved å produsere smartkort til tv-dekodere og selge disse til medansatte, hadde på den måten utført en offentlig fremføring av tv-sendingene. Førstvoterende uttalte her at "domfelte har nok ved salget av "smartkortene" gjort det mulig for kjøperne å skaffe seg tilgang til å se filmene, men jeg finner det anstrengt å si at han ved salget – som for øvrig i tid ligger forut for sendingen av filmene – selv har fremført dem."²⁷

Og dette er ikke den eneste begrensningen i opphavsmannens rettigheter etter åndsverkloven.

3.1.1 En presisering

Selv ikke i de tilfellene hvor handlingen i utgangspunktet er å anse som en fremføring, vil dette nødvendigvis innebære en krenkelse av opphavsmannens enerett. Dette følger direkte av forarbeidene til 2005-lovendringen²⁸, hvor det står at "[d]et avgjørende er at ikke enhver handling som øker eller bidrar til allmennhetens tilgang til åndsverk kan anses som en selvstendig tilgjengeliggjøringshandling. Det må etter departementets oppfatning være en viss nærhet mellom handlingen og allmennhetens tilgang til verket." Det vil si, at selv om fremføringen skulle skje utenfor den umiddelbare private krets, så vil den allikevel ikke nødvendigvis representere en krenkelse av opphavsmannens enerett.²⁹ Dette er allikevel ikke en ny tanke. At ikke alle fremføringshandlinger skal anses som en krenkelse kan man se i blant annet Bedriftsmusikkdommen³⁰.

²⁶ Rt. 1995 s. 35

²⁷ Dommens s.37

²⁸ Ot.prp.nr.46 (2004-05) s.23

²⁹ Rognstad (2009) s.178-179

³⁰ Rt. 1953 s. 633

Firmaene i denne saken brukte radiosendinger og egne innkjøpte grammofonplater til å fremføre musikk for sine arbeidere og funksjonærer i fem store industribedrifter. I den minste av bedriftene hadde minst 180 personer adgang til å høre på musikken. Høyesterett kom her til at musikkfremføringen måtte anses å gjøre åndsverket "tilgjengelig for offentligheten", som på den tiden var grensen i loven mellom offentlig og privat, og at fremføringen også måtte anses å være gjort i "ervervsøyemed".

Det kan her knyttes noen kommentarer til begrepet "ervervsøyemed". På den tiden dommen falt, inneholdt åndsverkloven denne presiseringen av opphavsmannens enerett. Dersom fremføringen ikke skjedde direkte, eller indirekte i "ervervsøyemed" ville fremføringen ikke representere en krenkelse.

Førstvoterende kom frem til at avspillingen av musikk i bedriftene må sies indirekte å skje i ervervsøyemed da firmaene hadde innført musikken som et ledd i det alminnelige velferdsarbeidet en moderne bedrift på den tiden drev, og han mente at slike sosiale hensyn også går inn som et ledd i de alminnelige arbeidsvilkår som bedrifter ser seg tjent med å etablere.³¹

Motsatt, dersom Høyesterett hadde ment at denne avspillingen ikke skjedde i ervervsøyemed, så ville heller ikke avspillingen være å anse som en krenkelse. Selv om loven ikke lenger bruker kriteriet ervervsøyemed, så er det altså, etter forarbeidene, allikevel klart at det fortsatt er mulig å fremføre et verk uten at dette automatisk er å anse som en fremføring i åndsverklovens forstand.

Det er nok en god løsning. Man kan se for seg mange problemstillinger som ville oppstått dersom eneretten var total. Biblioteker som setter ut datamaskiner med tilgang til internett er en. Skulle slik utplassering av computere måtte være å anse som en krenkelse av alt materiale som er tilgjengelig på internett, så ville vederlags- eller erstatningssummene

³¹ Dommens s. 638

kunne komme til å være astronomiske. Akkurat dette eksempelet er løst i forarbeidene hvor det står at "tilrådighetsstillelse av datautstyr med internettilgang uten noen videre tilrettelegging av hva den enkelte bruker kan se på skjermen, ikke er å anse som en tilgjengeliggjøring for allmennheten. Følgelig forestår heller ikke den som stiller utstyret til rådighet noen offentlig fremføring av de verk og arbeider som den enkelte bruker velger å konsultere."³²

3.2 Offentlig eller privat fremføring

Grensegangen ble gjort rede for allerede i Bedriftsmusikkdommen³³ hvor retten støttet opp under Ragnar Knophs forståelse av begrepet i hans verk "Åndsretten", mye grunnet hans deltagelse i lovkomiteen til 1930-loven. Knoph var av den oppfatning at "dersom gjengivelsen av et åndsverk skal ha privat karakter, må den skje innen den forholdsvis snevre krets som familie-, vennskaps- eller omgangsbånd skaper".³⁴ Dette ble, og blir fortsatt kalt Knophs maksime.

Selv om åndsverkloven har blitt endret flere ganger, og senest i 2005 så har ikke disse endringene vært ment å skulle innebære noen realitetsforandring av hvordan grensegangen mellom offentlig og privat skulle forstås, noe som igjen betyr at premissene fra Bedriftsmusikkdommen og derfor også Knophs oppfattelse av begrepet antageligvis fortsatt kan anvendes når innholdet av begrepet skal fastlegges nå.³⁵

³² Ot.prp.nr.46 (2004-05) s.23

³³ Rt. 1953 s. 633

³⁴ Rt. 1953 s. 633 på s. 640, jf. Knoph (1936) s. 89

³⁵ Rognstad (2009) s.188

3.3 Grensegangen

Hvorvidt Knophs maksime har beholdt sin selvstendige vekt som utgangspunkt for grensedragningen mellom offentlig og privat fremføring er allikevel et spørsmål som må spørres. EU-rettens inntog og samfunnsutviklingen generelt sett har skapt et behov for modernisering av begrepet, og det er nå flere kilder som påvirker hvordan begrepet skal forstås.

For å få et oversiktlig bilde av hvor grensen nå befinner seg, må man ikke bare vurdere norsk rettspraksis, men også europeisk rettspraksis, og da særlig EU-domstolens dommer.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i bedriftsmusikkdommen fra norsk rett, da den på en lettfattelig, men gjennomførlig måte gir en god oversikt over hva begrepene "offentlig" og "allmennheten" kan inneholde. For å sammenligne, og utdype premissene fra bedriftsmusikkdommen kan praksis fra EU-domstolen settes opp mot denne. Poenger kan hentes også fra annen norsk rettspraksis, og sammen med rettspraksisen fra EU-domstolen vil grensen mellom offentlig og privat fremføring langt på vei kunne sies å være klarlagt.

3.3.1 Konkret skjønnsmessig vurdering

Førstvoterende i bedriftsmusikkdommen begynner med å henvise til komitéinnstillingens³⁶ uttalelser før den første Åndsverkloven hvor det blir sagt at "Utkastet beskriver ophavsretten som en enerett til « offentliggjørelse » av verket. Nogen definisjon av hvad det skal forstås herved gir det imidlertid ikke. Dette lar sig heller ikke godt gjøre, og såvidt vites har heller ingen fremmede lover forsøkt på det. Mange momenter kommer i betraktning når det gjelder å avgjøre om f. eks. en oplesning eller en musikkfremførelse har en « offentlig » karakter, eller om en mangfoldiggjørelse av en bok eller et maleri er tilgjengelig for offentligheten. Å gjøre uttømmende rede for alle disse momenter, som selvsagt arter sig forskjellig ved de forskjellige former for et åndsverks gjengivelse, er

³⁶ Komitéinnstilling av 1925

visselig ikke mulig. Til syvende og sist blir det oftest et spørsmål om takt og skjønn, som ikke kan eller bør innsnøres i en ramme av abstrakte og stive regler."

Uten at dette sier noe konkret om hvordan begrepet skal forstås, så ser man at hvorvidt en fremføring er offentlig beror på en konkret skjønnsmessig vurdering i ethvert tilfelle.

Dette støtter EU-domstolen opp under i tannlegedommen, da de anerkjenner at det er flere aspekter i det løse begrepet "public": "[s]econd, the Court has already identified certain aspects of the concept of public."³⁷

I begge dommer begynner førstvoterende så å liste opp momenter som kan tale for, eller i mot om det er en offentlig fremføring de har framfor seg.

3.3.2 Momenter i helhetsvurderingen

3.3.2.1 Bånd mellom fremfører og publikum

Førstvoterende i bedriftsmusikkdommen mener at "uttrykket leder etter [hans] mening tanken hen mot en snevert begrenset krets av personer som er knyttet sammen ved familie-, vennskaps- eller omgangsbånd."³⁸ Dette er tilnærmet likt hvordan Knoph valgte å forstå begrepet.

Fokuset her er da hvilken tilknytning fremføreren har til de som har tilgang til verket.

Hvor mye vekt som skal tillegges dette momentet må nødvendigvis bero på hva slags situasjon man befinner seg i. Dersom Peder Ås inviterer et par bekjente til en vennskapelig middag i sitt hjem, vil det vennskapelige båndet mellom Peder og gjestene måtte være avgjørende for at en eventuell fremføring under middagen må anses som privat. Det blir en

³⁷ Tannlegedommens avsnitt 83

³⁸ Dommen, nederst på side 636

veldig annen situasjon der Peder inviterer til fest gjennom å slippe flygeblader over byen. I et slikt tilfelle vil det neppe gjøre en fremføring på festen privat selv om han skulle ha personlig tilknytning til en eller flere av festens deltagere.

EU-domstolen begynner sin vurdering av begrepet "public" med å dele det opp i "indeterminate number of potential listeners" og "a fairly large group of persons".³⁹ I det første av disse nye begrepene kan det også sies å ligge et tilknytningskrav. Hvis Peder fremfører et åndsverk til en generell gruppe mennesker uten å ha kontroll over hvilke som får høre det, så er det klart at han ikke kan hevde at han har tilknytningsbånd til alle som får høre verket. Domstolen sier også, i tannlegedommen, at det er mangelen på tilknytningsbånd som er hensynet bak en slik betraktning, ved at begrepet innebærer å gjøre et verk tilgjengelig for "persons in general, that is, not restricted to specific individuals belonging to a private group".⁴⁰

Dette er poenget til førstvoterende i Bedriftsmusikkdommen. Får man, som medlem i en privat gruppe tilgang til fremføringen av et beskyttet verk, er det større grunn til å anse dette som en privat fremføring, enn der du får tilgang til fremføringen av et beskyttet verk helt tilfeldig.

Dette momentet blir anvendt, i en eller annen form, i de aller fleste dommene på området

3.3.2.2 Hvem som har tilgang til fremføringen

Nok et moment som Høyesterett har anvendt er hvem som til enhver tid har tilgang til fremføringen. Dette momentet faller til dels sammen med tilknytningskriteriet nevnt over. I

³⁹ Se blant annet: Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA avsnitt 37-38, Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB avsnitt 21 og Case C-607/11 ITV Broadcasting v TV Catch Up Ltd. avsnitt 32

⁴⁰ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 85

Roy's Place-dommen⁴¹ var sakens faktum at eieren av en nattklubb tok betalt for inngang til sine arrangementer. På disse arrangementene ble det avspilt musikk som ble hevdet utgjorde en krenkelse overfor rettighetshaverne til musikken. Spørsmålet var derfor om avspillingen av musikken skjedde offentlig eller privat.

Høyesterett vektla i dommen at hvem som helst hadde tilgang til nattklubben, og derfor at det neppe forelå noen tilknytning mellom eierne av klubben, som fremførte beskyttede verk, og de som fikk tilgang til verkene ved å være på klubben.

Disse to første momentene er med andre tett knyttet opp til hverandre. Hvem som har adgang til arrangementet er gjerne ikke interessant isolert sett, unntatt hvis det er grunn til å legge merke til enten antallet mennesker som har tilgang, eller tilknytningsbåndene disse menneskene har, eller ikke har, til arrangøren

Den tilsynelatende likheten mellom momentene kan også forklare hvorfor EU-domstolen ikke eksplisitt uttaler at hvem som har tilgang til fremføringen er sentralt. Det kan sies at hvem som har tilgang til fremføringen blir fanget opp til en viss grad ved at de vurderer om fremføringen er tilgjengelig for et "indeterminate number of persons". Poenget er jo akkurat dette, om fremføreren vet hvem som kommer til å ha tilgang til fremføringen, eller ikke.

3.3.2.3 Publikummets antall

Førstvoterende i bedriftsmusikkdommen går videre og presenterer størrelsen av den personkrets som har tilgang til fremføringen som et moment som skal tillegges en vesentlig vekt i bedømmelsen. Han er av den oppfatning at antallet mennesker i seg selv ikke vil

⁴¹ Rt. 1970 s. 1172

være avgjørende, men at det kan vanskeligere tenkes at det er tilknytningsbånd mellom publikum der de er mange, enn der de er få.

Også EU-domstolen har i sin praksis lagt vekt på hvor mange personer som har tilgang til fremføringen. Under oppdelingen av "public" må det andre begrepet, "a fairly large group of persons" antas å gi et minstekrav til hvor mange personer som må høre fremføringen før den kan sies å være offentlig. I tannlegedommen blir det uttalt at dette skal utelukke fra konseptet "public" grupper med personer som er "too small, or insignificant".⁴²

Det kan virke innlysende at publikummets antall er viktig for om man skal anse en fremføring for offentlig eller privat, men heller ikke dette momentet alene kan tillegges avgjørende vekt. Selv om det neppe er særlig aktuelt i det praktiske liv, kan det jo tenkes at en person inviterer flere hundre personer, som alle er hans nære venner, for å høre på fremføringen av et beskyttet verk. Skal man da la tilknytningsbåndene vektlegges mest, eller antallet personer? Et slikt spørsmål satt på spissen, må nok avgjøres også ved hjelp av de andre momentene i helhetsvurderingen.

Dette momentet knytter seg ikke bare til antallet mennesker som har tilgang til fremføringen av verket om gangen, men også etter hverandre. EU-domstolen sier videre i Rafael Hoteles⁴³ at "hotel customers quickly succeed each other" og at alle gjestene totalt sett må tillegges vekt ved vurderingen av hvor mange som har tilgang til fremføringen. Saken var her at hotelleieren hadde utplassert et tv-apparat på hvert rom på hotellet, samt i fellesarealene. Spørsmålet var om de tv-sendingene som ble vist på disse hotell-tvene måtte anses som en "communication to the public". At man ikke bare skal iakta hvor mange som har tilgang til fremføringen om gangen, men også etter hverandre blir også påpekt i Svenssondommen⁴⁴ hvor dommeren skriver at "the cumulative effect of making the works

⁴² Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 86

⁴³ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA avsnitt 38

⁴⁴ Case 607/11 ITV Broadcasting v TV Catch Up Ltd. avsnitt 33

available to potential recipients should be taken into account. In that connection, it is in particular relevant to ascertain the number of persons who have access to the same work at the same time and successively". Det samme blir sagt i Rafael Hoteles⁴⁵.

3.3.2.3.1 Problemet med suksessivt publikum

At alle publikummere som har hatt tilgang til fremføringen både med en gang, og suksessivt, skal tas med i vurderingen kan skape et problem. Et suksessivt publikum vil være mest aktuelt i de tilfeller hvor fremføreren har radio- eller fjernsynssendinger gående enten i taxi⁴⁶, hoteller eller andre offentlige forum og sirkulasjonen av allmennheten er stor. Problemet blir da at disse publikummerne antageligvis ikke har tilgang til den samme sangen, eller den samme fjernsynssendingen, med mindre fjernsynskanalen eller radiokanalen velger å sende samme sang, eller tv-program, om og om igjen over en lengre periode som er mindre sannsynlig. Som det ble skrevet i tannlegedommen: " Moreover, although there are a number of patients in succession, the fact remains that, as those patients attend one at a time, they do not generally hear the same phonograms, or the broadcast phonograms, in particular."⁴⁷

I mange land, slik som her i Norge med TONO og GRAMO, eller som i Spania hvor SGAE håndterer opphavsretten til all immaterialrett, er det kun et fåtall organisasjoner som håndterer lisensieringen av de beskyttede åndsverkene, noe som gjør dette mindre problematisk. I disse tilfellene vil jo krenkelsen for hvert verk være overfor samme rettighetshaver. Men dette behøver absolutt ikke å være situasjonen.

Man kan se for seg en situasjon hvor det er flere verk som blir avspilt, og at rettighetene til hvert av verkene tilhører forskjellige personer. Er det riktig i disse tilfellene at

⁴⁵ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA avsnitt 39

⁴⁶ Som var tilfellet i den finske Högsta domstolens dom i NIR 2003 s.161

⁴⁷ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 96

taxiselskapet, hotelleieren eller eventuelle andre fremførere må betale et passende vederlag til enhver rettighetshaver som har fått sin musikk avspilt? Dette ville kunne lede til enorme summer i vederlagskrav, alt etter som hvilke rettighetshavere som velger å reagere. Selv om dette ikke har vært oppfatningen i norsk rett så langt, er det vel likevel slik premissene i blant annet Catch up-dommen⁴⁸ må forstås.

I denne saken var det ingen sentral immaterialrettslig organisasjon, men syv selskaper som gikk til sak. EU-domstolen kommenterer allikevel verken i domspremissene, eller i etterkant at antallet saksøkere representerer et problem i seg selv. Det kan tenkes at grunnen til dette er nettopp det at problemstillingen ikke er høyst aktuell, da de fleste land opererer med slike felles organisasjoner som har lisensen til de fleste eller alle de beskyttede verkene innenfor en kategori. Satt på spissen derimot ville en slik ordning kunne representere en ren prosessuell utfordring. For eksempel der en hotelleier plasserer ut tv-apparater som ikke bare tar i mot tv-signaler, men som også kan ta i mot radiosignaler hvor det potensielt blir avspilt beskyttede verk. Hvis det er forskjellige rettighetshavere for hvert program, og for hver sang, vil det ikke bare kunne være et problem med omfanget av den eventuelle rettsprosessen, men også at det er nærmest vilkårlig hvem som ender opp med å gå til sak.

Det vil jo i de fleste tilfeller være vanskelig for rettighetshaveren å vite om nettopp hans verk har blitt avspilt av fremføreren. Selv om det nå er blitt enklere å kunne bevise hvem som har spilt av hva, med den moderne teknologien som nå eksisterer, så vil det være en prosess i seg selv å frembringe slike beviser. Det spørres om man ikke må arbeide med en presumpsjon, særlig for artister, i de tilfeller hvor deres verk blir sendt på radioen, så vil radioavspilling over tid bety at de har et vederlagskrav mot den som har stått for avspillingen.

⁴⁸ Case 607/11 ITV Broadcasting v TV Catch Up Ltd. særlig premiss 8

Et annet problem er om det er greit for hotelleieren å fortsette å sende tv-sendinger eller spille av radio, hvor rettighetshaveren ikke har reagert på bruddet. Og motsatt om han må stoppe tilgangen, eller betale vederlag for de sendingene hvor rettighetshaveren har reagert.

Da dette ikke har vært problematisert av EU-domstolen, eller vært særlig aktuelt for norsk rett foreløpig, er det vanskelig å si om det finnes noen bedre ordning enn at en eventuell krenkelse knytter seg til hvert enkelt verk, selv der publikummerne etterfølger hverandre i tid.

3.3.2.4 Konkurrans hensynet

Det har gjerne blitt fremhevet i juridisk teori at åndsverkloven § 2 er bestemmelsen hvor opphavsmannens økonomiske interesser blir ivaretatt. Man skulle derfor tro at det var stor grunn til å vektlegge eventuell økonomisk gevinst ved fremføringen tungt. Eventuelle fremføringer av andre enn opphavsmannen bør ikke utgjøre ren konkurranse med opphavsmannens enerett. På tross av dette så har det økonomiske aspektet ved fremføringsretten ikke stått særdeles sentralt i norsk opphavsrett.

I bedriftsmusikkdommen la Høyesterett til grunn at selv om avspilling av musikk på arbeidsplassen ikke hovedsakelig var motivert av den eventuelle økonomiske fordel den ville utgjøre, så kunne man ikke se bort i fra at produktiviteten faktisk ville øke, og derfor også den økonomiske fordel. Selv om det på den måten kan virke som om de har tatt hensyn til den økonomiske fordel, så kan det påpekes at åndsverkloven tidligere inneholdt et vilkår om at fremføringen måtte skje i "erhvervsøyemed", for at den skulle anses som offentlig. Det spørres derfor om de i samme grad ville vektlagt dette dersom spørsmålet kom opp i dag.

Også i Roys Place-dommen var det økonomiske aspektet ved fremføringen vektlagt. Alle som skulle inn på klubben måtte betale inngangspenger, og klubben ville antageligvis ikke hatt så mange besøkende som den hadde, dersom klubben ikke kunne lokke med aktuell musikk. Den økonomiske fordel ble således et moment som talte for at fremføringen skjedde offentlig. Allikevel var det ikke dette momentet som Høyesterett vektla tyngst da

de mente at det viktigste var at adgangen til å få medlemskap i klubben var åpent for alle, og det derfor vanskelig kunne være noen tilknytningsbånd mellom klubbeieren og publikum.⁴⁹

EU-domstolen har i sin praksis lagt langt større vekt på den økonomiske siden ved fremføringen. Det ble blant annet vurdert i tannlegedommen. De uttaler her at pasientene til en tannlege får høre eventuelle radiosendinger fra venteværelse helt tilfeldig. De kommer ikke til tannlegen får å høre radio, de kommer for å få tannbehandling. Tannlegen kan derfor ikke lokke til seg kunder ved å tilby avspilling av radio på sitt venteværelse. EU-domstolen mente derfor at avspillingen av radio ikke var motivert av en potensiell økonomisk fordel, som igjen talte for at fremføringen ikke var offentlig. Dette var, sammen med vilkårligheten det viktigste momentet.

Også i saken mot Football Association Premier League and Others ble den økonomiske fordelene av å spille av fotballkamper på puben vurdert. Det ble her uttalt at da puben kunne tilby avspilling av fotballkamper, var dette en måte å tiltrekke seg flere kunder på, som igjen ledet til konklusjonen at avspillingen måtte anses å skje offentlig.⁵⁰ Det samme ble resultatet i Rafael Hoteles, hvor hotellet øket standarden sin ved å kunne tilby tv-avspilling på rom og fellesarealer.⁵¹

Det er derfor vanskelig å si noe konkret om konkurransehensynet som moment, når det kommer til den norske rettsanvendelsen. Det har ikke fått så stor plass i vurderingen så langt, noe som kan sies å stride med den rettspraksisen som kommer fra EU-domstolen. Dette kan virke rart, da de aller beste grunner taler for at de økonomiske fordeler som opphavsmannen kan nyte av verket sitt, bør tillegges han og de han velger å involvere i

⁴⁹ Rt. 1970 s. 1172 øverst på side 1174

⁵⁰ Joined cases C-403/08 and C-429/08 Football Association Premier League and others avsnitt 204, 205 og 206

⁵¹ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA avsnitt 44

utnyttelsen. I alle fall der den etterfølgende utnyttelsen av verket utgjør ren konkurranse med hans utnyttelse av eget verk. Det er allikevel ingen grunn til å tro at norske domstoler kommer til å forandre praksisen sin i nærmere fremtid, da de enda ikke har gjort det.

Dette momentet faller på mange måter sammen med de to neste momentene som skal presenteres.

3.3.2.5 Hensikten med fremføringen

Både Knoph⁵² og Rognstad⁵³ mener at hensikten bak fremføringen bør vektlegges i vurderingen av om den skal anses å ha skjedd offentlig eller privat. Dersom hensikten med fremføringen er at flest mulig skal få tilgang til denne så mener de at det bør være et tungtveiende argument for at fremføringen er offentlig. Motsatt dersom hensikten med fremføringen ikke er noe annet enn personlig nytelse.

Et eksempel som går igjen er der en sanger øver for åpne vinduer. Dette er ikke nødvendigvis en offentlig fremføring selv om det skulle samle seg en folkemasse utenfor, med mindre akkurat dette var hensikten til sangeren. Det kunne virke vilkårlig om du, i verste fall, ble vederlagspliktig for å glemme lukke vinduet når du øvet på sang. Selv om en slik tankegang kan virke å ha mye for seg, så har det ikke vært særlig fokus på hensikten bak fremføringen i norsk rettspraksis.

I Tannlegedommen vurderte EU-domstolen hensikten bak radioavspillingen, om enn noe vagt. De kommenterer der at en tannlege som spiller radio på venterommet sitt, neppe kan forvente noen økning verken i pasienter, eller inntekt.⁵⁴ Dette er riktignok en uttalelse som knytter seg både mot hensikten bak fremføringen, og den økonomiske fordelene, men det er

⁵² Knoph, Ragnar. Åndsretten. 1.utg. Oslo, 1936

⁵³ Rognstad (2009) petitavsnitt nederst side 189

⁵⁴ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 97

ingen tvil om at dersom det var kjent at tannlegen spilte radio på venterommet kun for å få flere pasienter, så ville EU-domstolen brukt dette som et argument for at fremføringen var offentlig. Også disse premissene fra tannlegedommen har en viss overføringsverdi, da de knytter seg til direktiv 92/100s "essentially financial nature", som det står i dommens avsnitt 89.

I Bedriftsmusikkdommen virker det som om Høyesterett har vurdert hensikten bak avspillingen av musikk⁵⁵. De kommenterer der at dersom avspillingen skjer med ervervsmessige formål så vil dette markere at publikum ikke har den tilknytning til fremfører og hverandre som kreves for at avspillingen skulle kunne anses å ha skjedd privat. Nå var ervervsmessige formål riktignok noe som skulle vurderes etter loven på den tiden, og det kan derfor argumenteres for at denne uttalelsen ikke har hatt hensikten bak fremføringen spesifikt i tankene.

Det kan da virke som om at hensikten bak fremføringen generelt sett har blitt gitt liten plass i den norske offentlighetsvurderingen. Dette kan virke rart, da momentet kan tenkes flere ganger å vise seg og være avgjørende i vanskelige grensetilfeller. Det kan selvsagt argumenteres for at hensikten bak fremføringen i norsk rettspraksis har blitt fanget opp ved vurderingen av de andre momentene, eller at det rett og slett ikke har vært behov for å vektlegge dette så langt, men det blir foreløpig ren spekulering.

3.3.2.6 Partenes rolle i fremføringsforholdet

Det kan virke selvsagt, men også partenes rolle må tas med i vurderingen. I tannlegedommen⁵⁶ uttaler EU-domstolen at den konkrete situasjonen til, ikke bare fremføreren, men også til enhver publikummer må tas stilling til. De uttaler videre at i de tilfellene hvor fremføreren aktivt går inn og gir tilgang til et beskyttet verk til et publikum,

⁵⁵ Rt. 1953 s. 633 - første avsnitt på side 638

⁵⁶ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 78

og publikum ikke ville hatt tilgang til verket, selv om de var innenfor sendingsrekkevidde, så er dette en fremføring for offentligheten.⁵⁷

Dette var tilfelle i Rafael Hoteles. Hotelleieren hadde der plassert ut tv-apparater på hvert hotellrom, som gjorde at gjestene fikk tilgang til tv-sendinger som de ellers ikke ville hatt tilgang til. EU-domstolen mente da at dette talte for at utplasseringen av tv-apparater måtte anses som en offentlig fremføring. Det er klart at dersom hotellgjestene hadde med egne tv-apparater som uten problemer kunne ta inn de samme signalene, så kunne ikke hotelleieren bli stilt til ansvar for dette, og man ser da at hotelleierens rolle i fremføringsforholdet må tillegges vekt dersom den har vært aktiv.

Publikums rolle kan også tas med i vurderingen, selv om man vanskelig kan sies at det er et viktig argument for eller i mot om man har med å gjøre en offentlig fremføring eller ikke. I tannlegedommen vurderte EU-domstolen rollen til tannpleiepasientene. De skrev da at pasientene drar til tannlegen kun for å motta tannbehandling, ikke for å høre på radio. De har heller ikke noe valg i hva de skal få høre på mens de er der, og det er helt tilfeldig om de får et beskyttet verk, eller om de får kun høre for eksempel radioreklame.⁵⁸ Dette ble da et argument i dommen mot at avspillingen på venterommet kunne anses som en offentlig fremføring. Dersom tannpleiepasientene faktisk dro til tannlegen kun for å høre på radio, kan man vel allikevel vanskelig se for seg at dette ville vært et moment som talte for at tannlegen hadde stått for en offentlig fremføring.

Hvor aktuelt disse premissene fra tannlegedommen er, kan nå selvsagt diskuteres etter EU-domstolens uttalelse om tannlegedommens relevans i OSA-dommen. Det er uansett liten tvil om at partenes rolle i fremføringsforholdet kan vektlegges i vurderingen.

⁵⁷ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 82

⁵⁸ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 98

3.3.2.7 Fremføringsstedet

Det har blitt forfektet at fremføringsstedet i mange tilfeller alene er avgjørende for om fremføringen er offentlig eller ikke. Wagle og Ødegaard⁵⁹ skriver blant annet at man "Helt klart er [...] utenfor det private området når et verk offentliggjøres på et sted som er bestemt for alminnelig ferdsel, eller som er alminnelig beferdet, for eksempel gater, åpne plasser, teatre, kafeer eller butikker."

Det er klart at man kan legge mye i ordet "offentliggjøres", men dersom man tenker på alle de forskjellige måtene man kan fremføre et verk på, så spør det om ikke denne uttalelsen blir litt for bastant. Dersom en person sitter på en benk på bytorget og hører på musikk for seg selv, vil det ikke være så klart at man er utenfor det private området. Skulle personen skru opp volumet slik at alle i nærheten ble mer eller mindre ufrivillig publikum til avspillingen, så er det større grunn til å anse det som en offentlig fremføring, men da er det plutselig hensikten bak avspillingen som blir sentral.

Derfor er det vanskelig å se at momentet som fremføringsstedet utgjør skal gis en så avgjørende rolle at det avgjør mange tilfeller alene.

At det er et moment som kan tillegges vekt den ene eller den andre veien er derimot selvsagt. Spiller man av høy musikk på bytorget så er det større grunn til å anse dette som en krenkelse av opphavsmannens rettigheter, enn i de tilfellene hvor man avspiller høy musikk i ødemarken.

3.3.2.7.1 *Rafael Hoteles*

I Rafael Hoteles-dommen så ble det anført at hotellrommenes preg av å være et midlertidig hjem fra dem det offentlige preget, og at avspillingen på rommene av den grunn bør skilles fra avspillingen på de offentlige arealene av hotellet, og derfor måtte anses privat.

⁵⁹ Wagle (1997) s.183

Dette avfeier domstolen kort, med en henvisning til traktatteksten hvor de mener det fremkommer at hvor fremføringen skjer er irrelevant.⁶⁰ I denne settingen stemmer nok dette godt, da det er ingen grunn til å skille mellom hotellrommene og de andre offentlige stedene på hotellet. Gjennomgangen av gjester vil være stor på begge steder. Men man ser igjen da at det ikke hovedsakelig er stedet fremføringen skjer som er sentral, men antall mennesker som er på stedet.

3.3.3 New public?

Et punkt som EU-domstolen har sterkt fremhevet i sin praksis er at fremføringen må treffe "a new public". Som eksempler på dommer hvor dette kriteriet er blitt anvendt kan trekkes frem blant andre Rafael Hoteles⁶¹, Catch Up Ltd⁶² og Svenssondommen⁶³.

I Svenssondommen skriver EU-domstolen at det ifølge tidligere praksis for at fremføringen skal falle innunder "communication to the public", må den rette seg mot en "new public". Og videre at dette innebærer et publikum som de opprinnelige opphavsmennene ikke tenkte på når de tilgjengeliggjorde den første fremføringen for offentligheten. Dette er et vilkår som må være oppfylt for at fremføringen skal kunne anses å ha skjedd offentlig i opphavsrettslig forstand. Med andre ord kan en privat fremføring ha rettet seg mot en "new public" eller ikke, uten at det gjøre noe fra eller til. Dersom fremføringen ikke rettet seg mot noen "new public" derimot, så vil den heller ikke være å anse som en offentlig fremføring.

For å illustrere med et eksempel. En internasjonal kjent artist legger ut en musikkvideo av sin nye sang på egne nettsider. Senere samme dag bruker en konkurrerende artist denne

⁶⁰ 306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA avsnitt 48, 49 og 50

⁶¹ C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA avsnitt 40 til 42

⁶² Case C-607/11 ITV Broadcasting v TV Catch Up Ltd. avsnitt 37

⁶³ Case 466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB avsnitt 24

musikkvideoen på sin egen nettside for å trekke oppmerksomheten til allmennheten mot han, og hans nettsider. I dette tenkte eksempelet så forutsettes det at den opprinnelige artisten har passordbeskyttet sidene sine, og kun betalende medlemmer har derfor tilgang til videoen, mens den konkurrerende artisten har en åpen nettside. På denne måten vil offentligheten få tilgang til musikkvideoen gjennom den konkurrerende artistens sider, selv uten å betale. Det er da andre mennesker som får tilgang til videoen enn det opphavsmannen hadde tenkt, og følgelig er disse nye seerne å anse som en "new public".

Hadde situasjonen derimot vært slik at den opprinnelige artisten ikke hadde passordbeskyttet sidene sine, og alle hadde tilgang til disse, og derfor også musikkvideoen, ville den etterfølgende utleggelsen av videoen fra den konkurrerende artisten ikke vært rettet mot noen "new public", og følgelig ikke kunne anses som en offentlig fremføring etter EU-domstolens premisser.

Dette vilkåret har vært i bruk lenge i EU-retten, og det er da besynderlig at norske domstoler ikke anvender det i sine avgjørelser.

3.3.3.1 Lenking

En problemstilling som er interessant når det kommer til EU-domstolens 'new public'-begrep er såkalt lenking. Dersom man gir videre en lenke som leder til et beskyttet verk på internett, må dette anses som en offentlig fremføring etter åndsverkloven? Materialet er allerede tilgjengelig på internett, og slikt sett kan det være problematisk å anse mottakeren av lenken som en del av en "new public".

Problemstillingen var oppe for EU-domstolen i den såkalte Svenssondommen⁶⁴.

⁶⁴ Case 466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB

Spørsmålene som ble forelagt domstolen var, for det første, om det ville være "communication to the public" dersom noen andre enn opphavsmannen legger ut en link som fører til det beskyttede verket på internett. Det andre spørsmålet var hvorvidt svaret på spørsmål 1 ville være annerledes om tilgangen til verket er passordbeskyttet, under annen fysisk beskyttelse eller ikke. Og et tredje spørsmål var om det utgjorde noen forskjell om linken ledet deg til en ny nettside, eller om det etter å ha trykket på linken virket som om du var på samme nettside.

EU-domstolen innleder som den gjør når de skal igjennom offentlighetsvurderingen. De tar stilling til om det har vært en "communication", og hvis så, har denne rettet seg mot "the public". De skriver videre at siden en publisert link vil rette seg mot alle potensielle bruker av nettsiden som linken blir lagt på, vil dette være rettet mot "an indeterminate and fairly large number of recipients", og derfor i utgangspunktet være en offentlig fremføring.⁶⁵

I dette tilfellet ville derimot ikke en slik lenking rette seg mot "a new public", som er sentralt i EU-domstolens vurdering, som nevnt over. Da det beskyttede verket lå åpent på nettet uten restriksjoner, ville de som hadde tilgang til lenken dermed også ha tilgang til verket, uten lenken.

Dommeren konkluderer så med at siden fremføringen, i form av lenkingen, ikke retter seg mot noen "new public" vil man ikke trenge samtykke fra opphavsmannen til å lenke til hans beskyttede verker.⁶⁶ Og videre at selv om man skulle ha inntrykket av at det beskyttede verket ligger på samme nettside som lenken, og ikke på nettsiden til opphavsmannen, så vil ikke dette forandre konklusjonen om at opphavsmannens autorisasjon ikke er nødvendig.

⁶⁵ Case 466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB premiss 22 og 23

⁶⁶ Case 466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB premiss 28

Deretter tar dommeren stilling til om det vil stille seg annerledes dersom nettsiden som det beskyttede verket ligger på, er underlagt restriksjoner, og enhver nettbruker ikke har tilgang. Han skriver så at i de tilfellene hvor lenken omgår restriksjoner, slik at mennesker som egentlig ikke hadde tilgang til verket, får det gjennom å trykke på lenken, så vil fremføringen rette seg mot "a new public" og følgelig også være en offentlig fremføring.⁶⁷ Dette er på mange måter de samme betraktninger som EU-domstolen hadde i Rafael Hoteles, med at hotelleieren gjør det fysisk mulig for publikum å få tilgang til verket, noe de ellers ikke ville hatt dersom han ikke hadde brutt inn.

Problemstillingen med lenking har også vært oppe for Høyesterett i Napster.no-dommen⁶⁸. I denne saken var det et enkeltpersonsforetak som drev et nettsted hvor brukerne skulle opplyse om webadresser til musikkfiler i mp3-format. Det ble da opprettet en link fra nettstedet til musikkfilen. Linkene gikk til musikk som var ulovlig opplastet på internett. Rettighetshaverne krevde derfor erstatning for denne lenkingen. Retten brukte god plass på å drøfte hvorvidt lenkingen var en tilgjengeliggjøring, før de tilkjente erstatning på det subsidiære grunnlaget.

Det er med andre ord ikke så mye å hente fra dommen, angående grensen mellom offentlig og privat fremføring. Spesielt ikke med tanke på at dommen ble avsagt før Svensson-dommen. Dersom problemstillingen i Napster-no var kommet opp for norske domstoler nå, ville de måtte innrette seg etter premissene i Svensson-dommen. Da må de komme til at lenking ikke er en offentlig fremføring, og at det ikke er grunnlag for verken erstatning eller stansing av lenkingen. Ettersom "new public"-kriteriet ikke har blitt anvendt i norsk praksis enda kan det bli spennende å se hvordan de norske domstolene vil komme frem til samme resultat som EU-domstolen. Grunnen til at Svensson-dommen blir avsagt i stevnedes favør er jo akkurat fordi lenkingen ikke rekker noen "new public".

⁶⁷ Case 466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB premiss 31

⁶⁸ Rt. 2005 s. 41

3.3.3.1.1 Kort om 'streaming'

Noe som ligger nære opp til lenking, særlig direkte lenking, er såkalt 'streaming'. I de tilfellene hvor en person møter opp på for eksempel en konsert og filmer denne, slik at filmen dukker opp på en 'livefeed' på nettsiden hans, så er det klart at det rent fysisk hadde vært noe ganske annet enn lenking, men hvor juridisk forskjellig er disse tilfellene egentlig?

Vurderingen blir selvsagt den samme, og de mest vektige momentene må vel antas å være de samme og. Det økonomiske aspektet er viktig. Dersom lenkeren, eller streameren tilgjengeliggjør verket for å tjene penger, så er dette et tungtveiende argument i begge tilfeller for at vi har med en offentlig fremføring å gjøre. Videre vil det ved lenking være et sentralt moment om lenken hjelper klikkerne å omgå restriksjoner rundt det beskyttede verket. Det er jo akkurat det streameren gjør. Han hjelper de som ser konserten på internett å unngå og måtte betale inngangspenger og å møte opp fysisk.

Når man tenker på EU-domstolens "new public" så blir forskjellen på lenking og streaming potensielt ganske stor. Det er klart at når artisten holder sin konsert så er den ment for det publikummet som har betalt for inngang, og som er tilstede rent fysisk. Hvis en konsertdeltager, ved å streame, åpner fremføringen for enhver som besøker hans nettside så kan man vanskelig konkludere med noe annet enn at dette vil være til "a new public", da artisten ikke mente fremføringen for disse. Ved lenking så er det ikke sikkert at saken er så klar. Har man offentliggjort et verk på internett, må det vel antas at verket er ment for alle brukere av internett.

3.3.3.2 Inngripen fra fremfører

Et annet tilfelle som er interessant når det kommer til "new public"-kriteriet er den situasjonen som forekommer i Rafael Hoteles-dommen⁶⁹. Det var i denne dommen spørsmål om det å utplassere tv-apparater på hotell var å anse som en offentlig fremføring. Det ble særlig problematisert at hotelleieren ga gjestene sine tilgang til beskyttede verker de ellers ikke ville hatt tilgang til.

Retten begynner vurderingen med å fastslå at reglene rundt "communication to the public" er skapt for å beskytte en opphavsmanns rettigheter til sitt eget verk, og må derfor tolkes ganske vidt. Det blir så fastslått at det skal foretas en helhetsvurdering og momentene som skal anvendes i denne.

Retten vektlegger så at hotelleieren har gjort det mulig, ved å utplassere tv-apparater på hotellet, for hotellgjestene å få se tv-sendinger de ikke ellers ville fått se, selv om de befant seg fysisk innenfor senderekkevidden.⁷⁰ Retten ser dette spørsmålet som spørsmålet om fremføringen er rettet mot en "new public" eller ikke. De mener at siden hotellgjestene ikke ville fått se sendingene uten hjelp fra hotelleieren og hans fjernsynsapparater, så var ikke sendingene ment for de i utgangspunktet.⁷¹

Skulle EU-domstolen kommet frem til det motsatte, nemlig at tv-sendingene ikke var rettet mot en "new public" og derfor ikke kunne anses som en offentlig fremføring, kunne det skapt problemer overfor hvordan norske domstoler skulle behandlet samme problemet. Da "new public"-begrepet ikke blir brukt foreløpig i norsk rett måtte man enten godtatt at vi anså tv-sendinger av beskyttet materiale som offentlig fremføring, mens EU-domstolen ikke gjorde det, eller så måtte man tolket momentene i helhetsvurderingen dit hen at slike

⁶⁹ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA

⁷⁰ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA premiss 42

⁷¹ Case C-306/05 Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hotels SA premiss 42

sendinger ikke var offentlige fremføringer. Dette kunne blitt vanskelig, men man unngår problemet ved at EU-domstolen anså disse sendingene å treffe en "new public".

3.3.4 Leiebildommen

Bærum tingrett ble nylig forelagt spørsmålet om bilutleiefirmaer krenker en opphavsmanns enerett ved å tilby kundene sine radio i utleiebilene. Dommen er i skrivende stund under behandling i lagmannsretten og således ikke rettskraftig, men det kan knyttes noen kommentarer til den, da problemstillingen er interessant.

Retten begynner med å presentere forarbeidene hvor det står at en offentlig fremføring må forstås som en fremføring som er rettet mot allmennheten. Den skriver så at bilutleieselskapenes kundekrets må kunne karakteriseres som allmennheten i åndsverklovens forstand, selv om den enkelte leietaker overværer radiosendingene alene. "Det avgjørende er at tilbudet om utleie av bil med innmontert bilradio retter seg mot alle og enhver, og at det samlede antall potensielle lyttere ikke er ubetydelig. Bilutleieselskapenes kundekrets er åpen og udefinert. Bilutleieselskapene har et stort antall biler, som leies ut hyppig. Kundekretsen er samlet sett betydelig, selv om det bare er én eller noen få personer som leier bil av gangen".⁷²

Retten utdyper dette og skriver at det samlede antallet personer som hører fremføringene er ikke ubetydelig, verken totalt eller ved leie av hver enkelt bil. Det er mulig den ikke treffer så godt med å si at antallet personer som har tilgang til fremføringene ved leie av en hver enkelt bil er betydelig, men man ser allikevel at den legger stor vekt på antallet personer som har tilgang til fremføringene. Retten mener uansett at antallet leietakere i suksessjon gjør at dette må oppfattes som en offentlig fremføring. Den kommenterer så at fremføring av beskyttede verk i leiebiler, på mange måter kan likestilles med fremføring av beskyttede

⁷² Leiebildommen 2. avsnitt under overskriften "Om fremføringshandlingen er « offentlig »".

verk på hoteller, og mener således at han finner støtte for sitt syn i EU-domstolens Rafael Hoteles blant annet.

Det blir så konkludert med at dersom bilutleiefirmaer skal leie ut sine bilder med radioer innmontert så er de vederlagspliktige overfor GRAMO. Et slikt domsresultat er det verdt å diskutere.

Selv om avspillingen av musikk i leiebiler, isolert sett, skulle kunne anses å skje offentlig, så virker det anstrengt å kalle handlingen til bilutleiefirmaet for en fremføring. De fleste moderne biler ruller ut fra fabrikken med radioen ferdig montert. Det er med andre ord ikke en aktiv handling fra bilutleiefirmaets side å la radioen være i bilen. Således er dette heller ingen bevisst opphavsrettslig krenkelse fra deres side.

Dersom disse domspremissene blir stående, betyr det at bilutleiefirmaer enten må montere ut radioen fra bilene sine, som antas å være en kostbar og omfattende affære, eller å betale et vederlag til GRAMO for den musikken enhver kunde måtte komme til å spille av under utleietiden. Dette kan virke urimelig, og det gjenstår å se om lagmannsretten er enig i det.

4 Enerettens forhold til vederlagsretten

4.1 Spørsmålet

I gjennom oppgaven har EU-domstolens tannlegedom blitt brukt for å forstå og for å hente momenter til grensegangen mellom privat og offentlig. I tannlegedommen var spørsmålet om avspilling av radio på venteværelset til en tannlege måtte anses å være "a communication to the public", etter EUs utleie- og utlånsdirektiv⁷³. EU-domstolen kom her til at slik avspilling ikke var offentlig fremføring, hovedsakelig fordi tannleger ikke brukte

⁷³ Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 on rental right and lending right and on certain rights related to copyright in the field of intellectual property

radio for å lokke kunder til bedriften sin. Tannlegepasienter kommer for å motta tannbehandling, ikke for å høre på musikk. Videre ble det uttalt at det var vilkårlig hvilke verk pasientene fikk tilgang til mens de ventet.

Prejudikativkningen til dommen kunne med andre ord vært stor, for lignende tilfeller. Blant annet for radioavspilling i frisørsalonger, treningssentre og lignende steder hvor offentligheten kommer og går.

Det har inntil nylig vært liten grunn til å være betenkt over å anvende disse premissene overfor lignende saker, men i slutten av mars d.å. ble OSA-dommen⁷⁴ avsagt i EU-domstolen.

EU-domstolen uttalte her at selv om den foreliggende saken, hvor problemstillingen var om avspilling for kunder på spa var offentlig fremføring, var tilnærmet lik den situasjonen som forekommer når det blir avspilt musikk på venteværelse til en tannlege, så vil ikke premissene fra tannlegedommen være anvendelige da de "does not concern the copyright referred to in Article 3(1) of Directive 2001/29, but rather the right to remuneration of performers and producers of phonograms provided for in Article 8(2) of Council Directive 92/100/EEC (...)".⁷⁵

Som domstolen skriver dreide det seg i tannlegedommen om opphavsmannens rett til å kreve vederlag ved bruk av hans verk, mens det i OSA-dommen var spørsmål om krenkelse av opphavsmannens enerett til fremføring. Denne uttalelsen åpner da ikke bare for at tannlegedommen har begrenset relevans for oppgavens tema, men også for at det er forskjell på opphavsmannens enerett, og opphavsmannens vederlagsrett. Det blir da nødvendig å ta stilling til disse to spørsmålene her.

⁷⁴ Case C-351/12 OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s

⁷⁵ Case C-351/12 OSA v Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s avsnitt 34 og 35

4.2 Det norske standpunktet

I norsk rett så er det et rent faktisk skille ved at eneretten til opphavsmannen følger av åndsverkloven § 2, mens den såkalte vederlagsregelen for utøvere og produsenter finnes i åndsverkloven § 45b. Vederlagsregelen i EUs utleie- og utlånsdirektiv⁷⁶ korresponderer i all hovedsak med § 45b. I tillegg til denne så er lisensordningene spredd rundt i loven, hvor den mest sentrale bestemmelsen er å finne i § 36. Disse reglene setter begrensninger i opphavsmannens enerett etter § 2 ved at han må tåle bruken av hans verk i bytte mot et vederlag. Det er altså en annen begrensning av eneretten enn den de private utnyttelsene utgjør. Det vil si at dersom utnyttelsen av verket skjer privat, så vil det ikke være behov for noen lisensiering fra verken opphavsmannen eller rettighetshaveren for at utnyttelsen skal være legitim.

Som i tannlegedommen, blir derfor spørsmålet ofte om utnyttelsen har skjedd offentlig eller privat, før man kan ta stilling til et eventuelt vederlagskrav. Har den vært privat, så er det ikke grunnlag for vederlag, og omvendt dersom den har vært offentlig. I norsk rett så har man derimot ikke skilt på offentlighetsvurderingen når det kommer til vederlagskravene, og offentlighetsvurderingen ellers. Det har det ikke vært noen grunn til da vurderingen hjemles i samme bestemmelse, beskytter de samme hensynene, omhandler samme området og følgerlig begynner med samme kriterier.

Spørsmålet nå, er om situasjonen blir en annen etter OSA-dommen.

4.3 OSA-dommens premisser

I OSA-dommen hadde eieren av et spa satt tv-apparater på soverommene til de som gjestet spaet, og sakens faktum er slikt sett tilnærmet likt den som var tilfelle i Rafael Hoteles. Det er kanskje derfor ikke så rart at dommeren lander på samme konklusjon, og mener at slik

⁷⁶ Direktivets artikkel 8, nr. 2 og nr. 3

utplassering av tv-apparater er en "communication to the public", fordi antallet mennesker som vil få tilgang til sendingene vil til enhver tid, og over tid, være stort.

Innvendingen til saksøkte om at situasjonen har samme karakteristikk som i tannlegedommen, blir kort avfeid med ovenfor nevnte uttalelse om at det i tannlegedommen er spørsmål om vederlag, mens det her er spørsmål om krenkelse av eneretten. Dommeren skriver ingen begrunnelse for hvorfor begrepet "communication to the public" må forstås annerledes når det kommer til eneretten og når det kommer til vederlagsretten, annet enn at det faktisk er to forskjellige rettsgrunnlag.

Det kan virke rart at Infosocdirektivet skal forstås annerledes enn Utleie- og utlånsdirektivet, da det er de samme begrepene som blir brukt, på det samme området, av den samme rettsordenen, men man må like fullt forholde seg til EU-domstolens uttalelser om at det er forskjell på eneretten og vederlagsretten.

Dommeren i tannlegedommen skriver noen tanker rundt spørsmålet. Han reflekterer at "[i]t is clear from a comparison of Article 3(1) of Directive 2001/29 and Article 8(2) of Directive 92/100 that the concept of communication to the public appearing in those provisions is used in contexts which are not the same and pursue objectives which, while similar, are none the less different to some extent."⁷⁷ Han skriver i de følgende avsnittene at eneretten innebærer at opphavsmannen kan stanse de krenkende handlinger som enhver person vurderer å gjøre, mens vederlagsretten kun gir krav på kompensasjon der krenkelsen allerede har inntruffet. Slikt sett er vederlagsretten "compensatory in nature", som det blir skrevet i dommens avsnitt 75. Det kan virke som at det er dette EU-domstolen mener er forskjellen mellom de to rettighetene til opphavsmannen.

Dommeren mener at det er flere momenter som skal vektlegges i vurderingen av om det er en "communication to the public" og at disse momentene er de samme som i vurderingen

⁷⁷ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 74

etter Infosocdirektivet, men når det kommer til at "(...) it is not irrelevant that a 'communication' within the meaning of Article 3(1) of Directive 2001/29 is of a profit-making nature", påpeker dommeren at "[i]t follows that this must be all the more true in the case of the right to equitable remuneration provided for in Article 8(2) of directive 92/100 given its essentially financial nature."⁷⁸ Slik dette må forstås er at det skal legges mer vekt på det finansielle utslaget som tilgjengeliggjøringshandlingen gir når det er spørsmål om vederlagsretten.

Det ser man også ved at det i tannlegedommen ble lagt avgjørende vekt på at det ved radioavspilling på venteværelse til en tannlege ikke var ment for å tjene mer penger, eller tilkalle flere kunder. Hva slags musikk pasientene fikk høre var tilfeldig, og det var ikke for musikkens skyld at man drar til en tannlege. Dette er forskjellen på avspilling av musikk på venteværelser, og avspilling av tv på hoteller og spa, som gjør at den ene må ansees å ikke være en "communication to the public" og den andre er akkurat dette.

For å svare på det første spørsmålet, må da tannlegedommen gis begrenset rettskildeverdi på området. Det er allikevel klart at argumentasjonsverdien bak premissene kan være stor og at noen av uttalelsene slikt sett kan anvendes. Dette må selvsagt vurderes konkret. I oppgaven har dommens premisser kun blitt brukt for å hente momenter til helhetsvurderingen. Disse momentene er, som nevnt over, i all hovedsak de samme, og slikt sett har bruken av dommen vært forsvarlig.

Når det kommer til det andre spørsmålet, så må det nok konkluderes med at det er en forskjell på en opphavsmanns enerett, og hans vederlagsrett. Dette på tross av at det ikke har vært oppfatningen i norsk rett så langt. Det er mindre grunn til å anse en tilgjengeliggjøringshandling for offentlig dersom denne ikke innebærer noen økonomisk fordel for tilgjengeliggjøreren i de tilfellene det er spørsmål om vederlagsrett, og motsatt der det er snakk om håndhevelse av eneretten til opphavsmannen.

⁷⁸ Case C-135/10 SCF v Marco del Corso avsnitt 88 og 89

5 Litteraturliste

5.1 Norske kilder

5.1.1 Lover

- 1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v.
(Åndsverkloven) av 12.mai 1961 nr 2.
- 1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i
avtale om Det europeiske økonomiske
samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av
27.november 1992 nr. 23.

5.1.2 Forarbeider

- Ot. prp. nr. 26 (1959-60) Om lov om opphavsrett til åndsverk.
- Ot. prp. nr. 79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen
i Avtale om Det europeiske økonomiske
samarbeidsområde (EØS)
- Ot. prp. nr. 4 (1994-95) Om lov om endringer i straffeloven m. m
- Ot. prp. nr. 46 (2004-05) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Komitéinnstilling av 1925 Komitéinnstilling for åndsverkloven
- Innst. O. XI (1960-61) Om lov om endringer i åndsverkloven m.m.
- Innst. O. nr. 14 (1992-1993) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om
lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i
Avtale om Det europeiske økonomiske
samarbeidsområde (EØS).
- Innst. 1950 De delegertes forslag til åndsverklov
- Høringsutkast 2003 Kultur- og kirke departementets høringsutkast om
forslag til endringer i åndsverkloven m.v.
- St. prp. nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det
europeiske økonomiske samarbeidsområde
(EØS).

5.1.3 Rettspraksis

TAHER-2012-75209

Rt 1953 633

Rt 1964 782

Rt 1970 1172

Rt 1995 35

Rt 2000 1811

Rt 2005 41

Leiebil

Bedriftsmusikk

Jukeboksdommen

Roys Place

Piratkort

Finanger

Napster.no

5.2 Europeiske kilder

5.2.1 Traktater

WCT-traktaten

WIPO Copyright Treaty adopted in Geneva on
December 20, 1996

5.2.2 Direktiver

Dir 2001/29/EC

Directive 2001/29/EC of the european parliament and
of the council of 22 may 2001 on the harmonisation
of certain aspects of copyright and related rights in
the information society.

Dir 92/100/EEC

Council Directive 92/100/EEC of 19 November
1992 on rental right and lending right and on
certain rights related to copyright in the field of
intellectual property

5.2.3 Rettspraksis

Case C-135/10 SCF v

Marco del Corso

Case C-306/05 SGAE

Not yet published

Saml. 2006 I-11519

v Rafael Hoteles SA	
Case C-466/12 Svensson and others v Retriever Sverige AB	Not yet published
Case C-136/09 Organismos v Divani Akropolis	Saml. 2010 I-00037
Case C-607/11 ITV broadcasting v TV Catch Up Ltd.	Not yet published
Joined cases C-403/08 and C-429/08 FAPL v Qc leisure	Saml. 2011 I-09083
Case C-351/12 OSA v LLML a.s	Not yet published

5.3 Bøker, artikler m.m.

- Rognstad, Ole-Andreas. *Opphavsrett*. 1.utg. Oslo, 2009.
- Knoph, Ragnar. *Åndsretten*. 1.utg. Oslo, 1936
- Wagle, Anders Mediaas og Magnus Ødegaard Jr. *Opphavsrett i en digital verden*. 1.utg. Oslo, 1997

5.4 Nettsider

- Miniwatts Marketing Group. *Internet World Stats - Usage and population statistics* (2012) 30.06.2012 <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> [sitert 04.04.2014]
- WIPO. *Glossary* (2014) <http://www.wipo.int/wipolex/en/glossary/> [sitert 12.04.2014]